

RESPONSABILIDAD PENAL DE PERSONAS JURÍDICAS Y
CONSECUENCIAS ACCESORIAS

Prof. Dr. Percy García Cavero

ÍNDICE

I. ¿PERSONAS JURÍDICAS PENALMENTE INIMPUTABLES?.....	4
1. <i>La culpabilidad penal de las personas jurídicas</i>	5
2. <i>La imputabilidad de las personas jurídicas</i>	12
II. LA NECESIDAD DE MITIGAR LA PELIGROSIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS INIMPUTABLES	16
III. CONSIDERACIONES <i>DE LEGE LATA</i>	18

RESPONSABILIDAD PENAL DE PERSONAS JURÍDICAS Y CONSECUENCIAS ACCESORIAS

*Prof. Dr. Percy García Cavero **

A lo largo de las últimas décadas el reconocimiento legislativo de las sanciones penales a las personas jurídicas ha continuado con su marcha triunfal en los países deudores de la tradición jurídica europeo-continental. Antes de ello, sin embargo, en muchos de estos países se contempló la posibilidad de aplicarles las llamadas “consecuencias accesorias” con el objetivo de impedir que sean nuevamente utilizadas para la comisión de delitos, como, por ejemplo, lo hicieron el artículo 105 del Código Penal Peruano de 1991 y el artículo 129 del Código Penal Español de 1995. Si bien un sector minoritario de la doctrina penal señaló inicialmente que se trataban de penas¹, la posición mayoritaria se opuso a tal calificación, apoyándose en las clásicas objeciones de falta de acción, culpabilidad y personalidad de las penas de los entes colectivos. A partir de su caracterización como medidas de seguridad de nuevo cuño², medidas de naturaleza preventiva³ o un tercer género

* Profesor Ordinario Principal de Derecho Penal de la Universidad de Piura

¹ Vid., en España, Zugaldía Espinar, «Las penas previstas en el artículo 129 del Código penal para las personas jurídicas», *RPJ* 46 (1997), p. 327 y ss.; El Mismo, «Bases para una teoría de la imputación de la persona jurídica», en *Libro Homenaje al Profesor Raúl Peña Cabrera*, Tomo I, Lima, 2006, p. 502 y ss.; Bacigalupo, S., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Barcelona, 1998, p. 265; La Misma, «Las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas en el Código Penal de 1995», en *Derecho penal económico*, Bacigalupo Zapater (dr.), Buenos Aires, 2000, p. 102. En el Perú, Hurtado Pozo, «Personas jurídicas y responsabilidad penal», *Anuario de Derecho penal*: 1996, Hurtado Pozo (dir.), Lima, 1997, p. 151; Abanto Vásquez, *Derecho penal económico, Consideraciones jurídicas y económicas*, Lima, 1997, p. 158; Prado Saldarriaga, *Las consecuencias jurídicas del delito en el Perú*, Lima, 2000, p. 179; Zúñiga Rodríguez, *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, 2^a ed., Pamplona, 2003, p. 271; Montes Flores, «¿Punibilidad de las personas jurídicas?», *RPDJP* 6, p. 322; Sota Sánchez, «Reflexiones en torno a la naturaleza de las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 34 (2012), p. 68.

² Como lo defienden, en cierta manera, Silva Sánchez, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del art. 129 del Código penal español», en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes*, García Cavero (coord.), Mendoza, 2004, p. 137; Mir Puig, «Las nuevas “penas” para personas jurídicas, una clase de “penas” sin culpabilidad», en *Libro homenaje al Prof. Diego Manuel Luzón Peña con motivo de su 70^o aniversario*, vol. II, Zaragoza, 2020, p. 1343; Echarri Casí, *Sanciones a personas jurídicas en el proceso penal: Las consecuencias accesorias*, Cizur menor, 2003, p. 110.

³ Como medidas preventivas de naturaleza penal, Luzón Peña, *Curso de Derecho Penal, Parte*

de consecuencias jurídicas⁴, la doctrina dominante sostuvo, en síntesis, que las consecuencias accesorias eran el sucedáneo político-criminal a las penas corporativas que no podían ser introducidas legislativamente por su inviabilidad dogmática. Ahora que, bajo nuevos aires dogmáticos, el derecho positivo admite la responsabilidad penal de las personas jurídicas, las consecuencias accesorias habrían perdido su justificación inicial. Frente a esta situación las alternativas de acción parecen reducirse a dos: o se elimina su previsión legislativa, o se les asigna una función distinta.

La presente contribución apunta, más bien, a demostrar que las consecuencias accesorias pueden mantenerse aún en su original función, aunque con un necesario reajuste conceptual motivado por la introducción legislativa de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En efecto, estas consecuencias jurídicas se deben seguir aplicando a los entes colectivos para evitar que su organización sea utilizada en el futuro para la comisión de delitos. Sin embargo, tal aplicación solamente resultará procedente si es que, en el caso concreto, no es posible imponerles una sanción penal. Para sustentar la posición aquí defendida voy a empezar estableciendo cómo se configura la culpabilidad penal de las personas jurídicas, advirtiendo, en ese contexto dogmático, la posible existencia de personas jurídicas inimputables, a las que no cabría sancionar. Seguidamente me ocuparé de precisar si, en relación con

General, Madrid, 1996, p. 58; Octavio de Toledo Ubieta, «Las consecuencias accesorias de la pena de los artículos 129 y similares del Código penal», en *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo, Libro Homenaje al Prof. Cerezo Mir*, Madrid, 2002, p. 1129; Fernández Teruelo, *Estudios de Derecho penal económico*, Madrid, 2003, p. 47; Martínez-Buján Pérez, *Derecho penal económico y de la Empresa*, Parte General, Valencia, 2016, p. 563; Ramón Ribas, «La respuesta del Derecho Penal moderno al delito: del derecho penal de doble vía ¿al derecho penal de cinco vías?», en *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, Faraldo Cabana (dir.), Valencia, 2004, p. 245. Como medidas preventivas de naturaleza administrativa, Cerezo Mir, *Curso de Derecho Penal español*, PG, II, 5ª ed., Madrid, 1997, p. 72 y ss.; Gracia Martín, en *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, Gracia Martín (coord.), 5ª ed., Valencia, 2015, p. 394; El Mismo, «Sobre la naturaleza jurídica de las llamadas consecuencias accesorias para personas jurídicas en el Código penal español», *Dogmática penal de Derecho penal económico y política criminal, Homenaje a Klaus Tiedemann*, Tomo I, Lima, 2015, p. 171; en el Perú: Gálvez Villegas/Delgado Tovar, *Pretensiones que pueden ejercitarse en el proceso penal*, Lima, 2013, p. 187 y s.; Pinedo Hidalgo, «La vulneración del *non bis in idem* mediante la aplicación de las consecuencias accesorias a las personas jurídicas», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 27, (2011), p. 99 y s.; Enco Tirado, *La responsabilidad de la persona jurídica en los delitos de corrupción*, Lima, 2019, p. 12 y s.

⁴ Vid., García Arán, «Sanción de las personas jurídicas en el Código penal español y propuestas de reforma», *Dogmática penal de Derecho penal económico y política criminal, Homenaje a Klaus Tiedemann*, Tomo I, Lima, 2015, p. 127. En el Perú, Villavicencio Terreros, *Derecho Penal*, Parte General, Lima, 2006, p. 271; Chunga Hidalgo, «Las consecuencias accesorias y el decomiso», *Actualidad Penal* 4 (2014), p. 129; Pariona Arana, «Las consecuencias accesorias en el Derecho penal peruano. Consideraciones sobre su naturaleza jurídica», *Derecho penal y penitenciario, Libro homenaje al Prof. Germán Small Arana*, Lima, 2015, p. 824.

las personas jurídicas inimputables, se pueden presentar situaciones de peligrosidad de la organización que requiera la adopción de medidas de seguridad corporativas para poder disiparlas. Si se abre este espacio dogmático, entonces a las consecuencias accesorias se le podrá asignar la función de cubrir esas necesidades preventivas. Como cuestión final, desarrollaré de manera concisa una propuesta de interpretación a la regulación penal peruana y española de las consecuencias accesorias, buscando la racionalidad que la dogmática debe construir, aunque el legislador no haya sido lo suficientemente explícito en sus decisiones regulativas.

I. ¿PERSONAS JURÍDICAS PENALMENTE INIMPUTABLES?

Las posiciones doctrinales asumidas ante la introducción legislativa de la responsabilidad penal de las personas jurídicas pueden ordenarse en tres grandes grupos. Un primer grupo entiende que los entes colectivos carecen de culpabilidad y, por lo tanto, las penas a imponerles son solo nominalmente tales⁵. Un segundo grupo alega también esa misma falta de culpabilidad, pero considera posible encontrar, pese a ello, otro fundamento con el que justificar que se les sancione penalmente⁶. Un tercer grupo estima, por el contrario, que sí resulta dogmáticamente viable sostener una culpabilidad penal de las personas jurídicas, por lo que las penas aplicables deberán encontrar en esta culpabilidad su fundamento. Sin entrar en los pormenores de la discusión que al respecto se ha suscitado, lo cierto es que no hay una base, por lo menos legalmente explícita, para dar cabida a la imposición de sanciones penales al margen de la culpabilidad. Por lo tanto, lo que coherentemente debería sostener el primer grupo de posiciones doctrinales es que las penas a las personas jurídicas en el nuevo escenario legislativo resultan ilegítimas, mientras que el segundo grupo, aunque pudiese representar un interesante planteamiento de *lege ferenda*, debería reconocer que su posición no es compatible con una regulación penal que aún no ha abierto el fundamento de la pena a un criterio distinto al de la culpabilidad. El segundo grupo debería, en realidad, sumarse al primer grupo. Ante este escenario, sólo el tercer grupo de posiciones

⁵ Así, Mir Puig, *LH-Luzón Peña*, II, p. 1341 y s.; Robles Planas, «¿Delitos de personas jurídicas?» *InDret* 2/2006 (344), p. 18; Gómez Martín, «Falsa alarma. O sobre por qué la Ley Orgánica 5/2010 no deroga el principio *societas delinquere non potest*», en *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, Mir/Corcoy (dir.), Madrid, 2012, p. 383.

⁶ Con diferentes matices, Silva Sánchez, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Derecho español», en *Criminalidad de empresa y Compliance*, Silva Sánchez (dir.), Barcelona, 2013, p. 38; Cigüela Sola, *La culpabilidad colectiva en el Derecho penal. Crítica y propuesta de una responsabilidad estructural de la empresa*, Madrid, 2015, p. 291 y ss.; Goena Vives, *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*, Madrid, 2017, p. 173 y ss.

doctrinales se encontrará en capacidad de legitimar, *de lege lata*, la imposición de sanciones penales a las personas jurídicas.

1. *La culpabilidad penal de las personas jurídicas*

Al momento de determinar la culpabilidad penal de las personas jurídicas es usual asumir, como punto de partida, que éstas no poseen una libertad de actuación con la que, como sucede con las personas naturales, se les pueda hacer culpables del hecho penalmente relevante⁷. Por ello, se entiende que el único camino dogmáticamente transitable sería formular para los entes colectivos una culpabilidad por su forma de organización, tal como lo han hecho las propuestas de la culpabilidad por el carácter o ser así de la empresa⁸, la culpabilidad por el modo de conducción de la empresa⁹ o la culpabilidad por un defecto de organización permanente¹⁰. Admitir, sin embargo, este cambio de perspectiva no sólo implicaría revivir parcialmente el desterrado criterio de la culpabilidad de autor¹¹, sino que, además, traería consigo un tratamiento diferenciado entre los sujetos de la imputación penal poco conciliable con el principio de igualdad que precisamente da contenido material a la categoría de la culpabilidad. Mientras que a la persona natural se le impondría una pena por lo que hizo, a la persona jurídica se le sancionaría por lo que es. Por ello, lo razonable sería, más bien, procurar una configuración dogmática de la culpabilidad de las personas jurídicas también como una culpabilidad de acto. Es obvio que no se trata de encontrar en los entes colectivos las mismas características antropológicas que sustentan la culpabilidad penal de los seres humanos, sino de identificar en su propia realidad aquello que también permite hacerlos culpables del hecho penalmente relevante.

Mediante una normativización de las categorías dogmáticas informada por la función de prevención general positiva que le atribuye a la pena, Gómez-Jara Díez emprende la labor de formular un concepto jurídico-penal de culpabilidad que establezca la equivalencia funcional

⁷ Vid., en este sentido, Goena Vives, *Responsabilidad penal*, p. 155 y s.

⁸ Así, Lampe, *La dogmática jurídico-penal entre la ontología social y el funcionalismo*, (trad. Gómez-Jara/Orce/Polaino-Orts), Lima, 2003, p. 162 y s., en el sentido de tener una organización deficiente o en una filosofía empresarial criminógena.

⁹ Vid., en este sentido, Heine, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, Baden-Baden, 1995, pp. 249, 265 y ss.

¹⁰ Así, Nieto Martín, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Madrid, 2008, p. 145 y ss., en el sentido de la falta de adopción de medidas razonables de control y gestión de los riesgos de comisión de delitos.

¹¹ En este sentido, la crítica de Gómez-Jara Díez, *La culpabilidad penal de la empresa*, Madrid, 2005, p. 184, de no poder integrarse en el Derecho penal moderno.

entre la culpabilidad de las personas físicas y la culpabilidad de las personas jurídicas (empresas). Con base en la teoría de los sistemas y el constructivismo operativo, propone un cambio de paradigma en la imputación penal que deje de lado la visión antropológica de la persona asentada en la libertad individual y se centre en la comunicación como elemento esencial de los sistemas sociales (autopoieticos)¹². Este planteamiento hace fructíferas muchas de las ideas desarrolladas por autores que procuran elaborar una culpabilidad penal para las empresas, aunque con la diferencia de que esta culpabilidad sería general y no limitada a las empresas: el concepto constructivista de culpabilidad. Como idea central, sostiene que la empresa, alcanzada cierta complejidad organizativa, se autoorganiza de forma penalmente relevante al igual que las personas naturales. Cuando esto sucede no debería haber ninguna objeción dogmática para hacerlas penalmente culpables de los delitos realizados en el desarrollo de sus actividades, pues cuentan con una libertad organizativa que, sumada a su participación en la configuración de la identidad normativa de la sociedad, les permite cuestionar la vigencia de la norma penalmente garantizada. Pese al extraordinario esfuerzo conceptual de esta propuesta, se le ha cuestionado llevar a una identidad mediante conceptos tan abstractos que finalmente desdibujan aspectos irrenunciables de la persona individual¹³.

Considero que el cambio de paradigma que el concepto constructivista de culpabilidad propone para poder abarcar la realidad de las personas jurídicas se hace a costa de desdibujar la identidad de la culpabilidad individual sobre la que se asienta todo el Derecho penal de las personas naturales. En ese sentido, esta reformulación conceptual de la culpabilidad penal conlleva el peligro de hacerle perder consistencia al Derecho penal liberal y materializar en sede dogmática el dicho popular de que lo que “mucho abarca, poco aprieta”¹⁴. Un

¹² Vid., Gómez-Jara Díez, *La culpabilidad penal de la empresa*, p. 201 y ss.

¹³ Similarmente Schünemann, *Responsabilidad penal de la empresa y sus órganos directivos en la Unión Europea*, (trad. Sacher), conferencia dictada en el Seminario “Constitución europea y Derecho penal económico”, dirigido por el Prof. Bajo Fernández, Universidad Autónoma de Madrid, p. 8 y ss. En la misma línea, de llevar a una normativización excesiva del discurso y a un distanciamiento progresivo respecto de la realidad del conflicto penal, Cigüela Sola, *La culpabilidad colectiva en el Derecho penal*, p. 119 y ss.

¹⁴ Opuestos a una ampliación del concepto de culpabilidad tradicional para alcanzar a las personas jurídicas, Volk, «Zur Bestrafung von Unternehmen», *JZ* 1993, p. 435; Heine, *Verantwortlichkeit*, p. 267; El Mismo, «La responsabilidad penal de las empresas: Evolución internacional y consecuencias nacionales», *Anuario de Derecho penal* 1996, Hurtado Pozo (dr.), Lima, 1997, p. 36; Seelmann, «Punibilidad de la empresa: Causas, paradojas y consecuencias», (trad. García Caveró), en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes*, García Caveró (coord.), Mendoza, 2004, p. 37 y s; Bacigalupo, S., *Responsabilidad*, p. 217; Hurtado Pozo, *Compendio de Derecho penal económico, Parte General*, Lima, 2015, p. 193. Niega también una

único concepto de culpabilidad para personas naturales y jurídicas, aunque se hable de equivalentes funcionales, no parece conveniente en atención a la determinabilidad de los criterios con los que se debe realizar la imputación jurídico-penal, pues genera inevitablemente cierta amplitud conceptual que podría dar pie a la entrada de parámetros ajenos a la imputación personalizada que caracteriza al Derecho penal actual. Por lo demás, es una máxima de la experiencia que el criterio más laxo es el que termina siendo utilizado para la interpretación de un concepto, lo que traería consigo, en el caso de la culpabilidad de las personas naturales, el peligro de cierta deshumanización.

A las personas jurídicas se les debe responsabilizar penalmente con un esquema conceptual análogo al que es usado para las personas naturales. Este planteamiento se corresponde con la propuesta analógica que, sobre la personalidad de las personas jurídicas, formuló en su momento Arthur Kaufmann con base en la siguiente idea: “(. . .) *correcta podría ser la concepción que no ve en la persona jurídica ni una persona en el mismo sentido y de la misma estructura real del hombre, ni, tampoco, sólo una ficción que carece de toda realidad, sino una configuración real (de acuerdo con la teoría de la finalidad patrimonial una personalidad con finalidad) la cual, en comparación con los hombres, se puede caracterizar como persona en sentido analógico*”¹⁵. En ese sentido, si el ordenamiento jurídico le reconoce a la persona jurídica una personalidad analógica a la que tiene la persona natural, los criterios de determinación de su responsabilidad penal deberían configurarse también de la misma manera. Obviamente no se trata de una *analogia entis* que nos llevaría nuevamente al problema de la diferencia ontológica entre la persona natural y la persona jurídica, sino de una *analogia relationis* que hace alusión a una igualdad de relación en diversidad de esencias. De esta manera, se preserva la diferente identidad de la persona natural y se establece solamente una relación de similitud con la persona jurídica en cuanto al tratamiento de la responsabilidad penal de esta última. Nuevamente Arthur Kaufmann: “*sólo la comprensión de la persona jurídica como una persona en sentido analógico permite, por un lado, aclarar la forma de la realidad que representa y, por otro, evitar el peligro de que se pasen por alto las diferencias con la persona natural, que corren al lado de las semejanzas, y de que se ensanche la equiparación más allá de la justa*

fundamentación unitaria para la pena de las personas naturales y jurídicas, von Freier, *Kritik der Verbandsstrafe*, Berlin, 1998, p. 179 y ss., si bien rechaza igualmente la posibilidad de un Derecho penal de las asociaciones.

¹⁵ Vid., Kaufmann, Arthur, *Filosofía del Derecho*, (trad. Villar/Montoya), Bogotá, 1999, p. 216 y s.

*medida*¹⁶.

Para determinar cuáles serían los referentes analógicos en la realidad de las personas jurídicas para establecer su culpabilidad penal, habría que precisar primero en qué se sustenta dogmáticamente la culpabilidad penal de las personas naturales. Este sustento es básicamente un reproche por la falta de fidelidad al derecho que se evidencia con la realización del injusto penal. A la persona natural se le exige tal fidelidad debido a la individualidad y la sociabilidad que la caracterizan. La individualidad parte de atribuirle libertad de decisión y la capacidad de expresarla hacia el mundo exterior por medio de sus actuaciones¹⁷, siendo posible, por ello, hacerle un reproche individual por aquellas acciones negativas que se reconducen a su libre decisión. La socialidad, por su parte, es la que dota a sus actuaciones de un sentido comunicativo específico que la hace capaz de cuestionar las reglas del sistema social y autoriza, por tanto, una respuesta de éste para mantener su identidad. En el ámbito jurídico-penal esa socialidad precisa, en concreto, de la atribución del estatus de ciudadano, a partir del cual la persona natural se encuentra legitimada para participar en el debate de los asuntos públicos, dentro de ellos obviamente la configuración de las normas penales ¿Cuáles serían entonces los referentes analógicos a la individualidad y a la socialidad de las personas naturales que están presentes en la realidad de los entes colectivos?

En cuanto a la individualidad de la persona jurídica podría pensarse que ésta se consigue con su sola constitución formal. Toda persona jurídica estaría jurídico-penalmente individualizada por el solo hecho de estar formalmente constituida como tal. La validez de este posible criterio de determinación de la individualidad es puesta en tela de juicio, sin embargo, por dos situaciones nada inusuales en el mundo corporativo. Por un lado, la constitución de sociedades fachada con la sola finalidad de evitar la identificación de las personas que se encuentran detrás de ellas ha dado pie a la formulación de la llamada teoría del levantamiento del velo societario que niega, en tales casos, el reconocimiento jurídico de una persona jurídica distinta¹⁸. Por otro lado, la existencia de sociedades de hecho se encuentra también ampliamente reconocida en las regulaciones jurídicas, por lo que se establecen, para estos casos, reglas especiales de tratamiento unitario,

¹⁶ Vid., Kaufmann, Arthur, *Analogía y naturaleza de las cosas. Hacia una teoría de la comprensión jurídica*, Santiago de Chile, 1976, p. 66.

¹⁷ Similarmente, Kaufmann, Arthur, *Das Schuldprinzip*, 2. Aufl., Heidelberg, 1976., p. 208.

¹⁸ Vid., Gómez-Jara Díez, «¿Responsabilidad penal de todas las personas jurídicas? Una antecrítica al símil de la ameba acuñado por Alex van Weezel», *Polít. crim.* Vol. 5, N^o 10 (2010), p. 471.

pese a la falta o pérdida de su vigencia formal. De ambas situaciones se desprende con suficiente claridad que la sola constitución formal de una persona jurídica no puede ser el criterio de reconocimiento de su individualidad.

La individualidad de la persona jurídica debe fundamentarse en el dato material de la existencia de una organización que cuenta con una dinámica propia en el desarrollo de sus actividades¹⁹. Siguiendo los planteamientos de la teoría de los sistemas, podría sostenerse que esa dinámica propia se alcanza cuando el ente colectivo, en virtud de su complejidad organizativa, pasa a autoorganizarse, autodeterminarse y autoconducirse con base en intereses sociales propios distintos a los de sus socios, representantes o trabajadores (autorreferencialidad)²⁰. Esta complejidad no se consigue obviamente con la sola existencia de unos estatutos propios y un organigrama formal que asigne funciones específicas²¹; la persona jurídica debe contar con una estructura organizativa que asegure la consecución de sus objetivos al margen de la voluntad de una persona natural o de una cúpula directiva²². Lo relevante es que el desenvolvimiento colectivo no esté en función de los intereses de las personas naturales actuantes en el plano fáctico, sino de un programa corporativo propio efectivamente instaurado. Por lo tanto, una persona jurídica se individualiza como tal cuando llega a desarrollar una complejidad organizativa tal que pasa a configurar modelos de actuación independientes de los intereses e inclinaciones particulares de las personas naturales que la componen o gestionan²³.

¹⁹ En el mismo sentido, con base en el sistema social organizativo que subyace a la persona jurídica, Gómez-Jara Díez, *Polít. crim.* Vol. 5, N^o 10 (2010), p. 472.

²⁰ Vid., con base en el constructivismo operativo, Teubner, «Unternehmenskorporativismus», *KritV* 1987, p. 68; Heine, *Verantwortlichkeit*, p. 250; El Mismo, «Europäische Entwicklungen bei der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Wirtschaftsunternehmen und deren Führungskräften», *SchwZStr* 120 (2001), p. 24 y s.; Gómez-Jara Díez, «¿Imputabilidad de las personas jurídicas?», en *Homenaje al Prof. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Navarra, 2005, p. 429 y ss.; El Mismo, «Autorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial», *RECPC* 08-05 (2006), p. 4 y ss.

²¹ Como, por ejemplo, parecen reducirlo con ánimo crítico Jakobs, «Strafbarkeit juristischer Personen?», *Festschrift für Lüderssen zum 70. Geburtstag*, Baden-Baden, 2002, p. 569; Feijoo Sánchez, *Sanciones para empresas por delitos contra el medio ambiente*, Madrid, 2002, p. 85.

²² Debe quedar claro que la complejidad organizativa no es el único sustento de la imputabilidad de una persona jurídica, pues, de ser así, se incluirían también a las organizaciones criminales. Esa complejidad organizativa debe estar referida a entidades que operan válidamente en el tráfico jurídico. No se presenta, por lo tanto, una mezcla de criterios contradictorios como lo señala, Cigüela Sola, «La inimputabilidad de las personas jurídicas en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 2330/2020, de 22 de noviembre», *InDret* 1.2021, p. 644, en una crítica a la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español.

²³ Vid., así la llamada cultura o identidad corporativa, Schönemann, *Unternehmenskriminal-*

En lo que respecta a la socialidad, ésta es alcanzada por la persona jurídica cuando los *outputs* de su organización tienen la capacidad de cuestionar comunicativamente las normas penalmente garantizadas y, en consecuencia, se hace necesario restablecer la vigencia de éstas por medio de la imposición de una pena corporativa. El reconocimiento social de esta capacidad de cuestionamiento de la persona jurídica tiene, como punto de partida, el dato incontrovertido de su participación en el tráfico económico-patrimonial²⁴. La entidad colectiva no se presenta aquí en un nivel inferior a la persona natural, sino que actúa con las mismas facultades y capacidades de negociación²⁵. Pero lo decisivo al respecto es la atribución del estatus de ciudadano (corporativo)²⁶, en virtud del cual a sus actuaciones indebidas se les asigna el sentido jurídico específico de poner en tela de juicio la vigencia de las normas penalmente garantizadas y justifica, en consecuencia, una respuesta social concreta (responsabilidad)²⁷. La ausencia de derechos políticos

ität und Strafrecht, Berlin, 1979, p. 22 y ss.; Lampe, *La dogmática jurídico-penal*, pp. 130 y s., 163; Heine, «Plädoyer für ein Verbandsstrafrecht als „zweite Spur“», en *Verantwortung und Steuerung von Unternehmen in der Marktwirtschaft*, Alwart (Hrsg.), München, 1998, p. 101 y s.; Dannecker, «Zur Notwendigkeit der Einführung kriminalrechtlicher Sanktionen gegen Verbände», *GA* 2001, p. 108. Una cultura de la asociación a partir de una orientación hacia la teoría de los sistemas autopoieticos, Teubner, *KritV* 1987, p. 74; Schünemann, «La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea», (trad. Peñaranda Ramos/Pérez Manzano), en *Hacia un Derecho penal económico europeo, Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann*, Madrid, 1995, p. 572; Bottke, «Reform des Wirtschaftsstrafrechts der Bundesrepublik Deutschland», en *Deutsche Wiedervereinigung, Unternehmenskriminalität*, T. III, Köln, 1996, p. 75.

²⁴ Sobre la realidad social de las empresas, vid., Ehrhardt, *Unternehmensdelinquenz und Unternehmensstrafe*, Berlin, 1993, p. 145; Bottke, en *Deutsche Wiedervereinigung*, T. III, p. 95; El Mismo, «Standortvorteil Wirtschaftskriminalrecht: Müssen Unternehmen „stramündig“ werden?», *wistra* 1997, p. 248; García Caveró, *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación*, Barcelona, 1999, p. 65 y s. Pero esta participación en el tráfico económico-patrimonial no significa que la responsabilidad de la persona jurídica deba reducirse sólo a infracciones de carácter económico, sino que, como lo señalan Dannecker, *GA* 2001, p. 115 y s.; Pieth, «Internationale Anstösse zur Einführung einer strafrechtlichen Unternehmenshaftung in der Schweiz», *SchwZStr* 120 (2001), p. 13; Kremnitzer/Ghanayim, «Die Strafbarkeit von Unternehmen», *ZStW* 113 (2001), p. 555 y s., puede ampliarse a delitos como lesiones corporales, homicidios o injurias.

²⁵ Vid., Hurtado Pozo, «Responsabilidad penal de la empresa en el Derecho penal suizo», en *La ciencia penal en el umbral del siglo XXI*, Moreno Hernández (coord.), Col. Guadalupe Inn, 2001, p. 462.

²⁶ Vid., en este sentido, la idea del buen ciudadano corporativo del Derecho estadounidense expuesta por Dannecker, «Das Unternehmen als „good Corporate Citizen“ – ein Leitbild der europäischen Rechtsentwicklung?», en *Verantwortung und Steuerung von Unternehmen in der Marktwirtschaft*, Alwart (Hrsg.), München, 1998, p. 55; Tiedemann, *Wirtschaftsstrafrecht*, 5. Aufl., Sinzheim, 2017, § 9, n.m. 447, quien reconoce que este concepto ha sido introducido ya en la jurisprudencia penal alemana. Este concepto de ciudadano corporativo ha sido utilizado por Gómez-Jara Díez, *RECPC* 08-05, p. 18 y s., para otorgar a las corporaciones la capacidad de culpabilidad penal. Críticamente, Cigüela Sola, *InDret* 1.2021, p. 646.

²⁷ En este sentido, Teubner, *KritV* 1987, p. 73 y ss.; Heine, *Verantwortlichkeit*, p. 263 y s.;

de elegir o ser elegido no puede cuestionar en lo absoluto que se le atribuya el estatus de ciudadano²⁸, pues, si se aprecia detenidamente la política, se podrá constatar con facilidad el papel relevante que tienen las corporaciones en las campañas electorales, en las decisiones de gobierno y en la exposición de sus puntos de vista en el debate de los asuntos públicos²⁹.

Con base en lo hasta aquí expuesto puede concluirse que también las personas jurídicas presentan en su propia realidad una individualidad y una socialidad con las que cabría imputarles la realización culpable de un delito. Por lo tanto, no tendría que haber mayor problema para reprocharles, al igual que las personas naturales, una falta de fidelidad al Derecho³⁰, cuando se han autoorganizado defectuosamente en la realización de un hecho socialmente perturbador y con ello cuestionado comunicativamente la vigencia de la norma que ese hecho defrauda. Lo que queda por precisar es si la fidelidad al Derecho exigible a las personas jurídicas les obliga a desarrollar en su organización de manera general una cultura del cumplimiento o de la legalidad³¹. La respuesta, a mi modo de ver, es negativa, pues, al igual que las personas naturales, a las que no se les obliga al desarrollo de una disposición interna de cumplimiento de las leyes en general, a las

Hirsch, «Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen», *ZStW* 107 (1995), p. 292; Vogel, «Wege zu europäisch-einheitliche Regelungen im Allgemeinen Teil des Strafrechts», *JZ* 1995, p. 341; Wieland, «Globalisierung und rechtliche Verantwortung. Die Unternehmung als Akteur der Gesellschaft», en *Verantwortung und Steuerung von Unternehmen in der Marktwirtschaft*, Alwart (Hrsg.), München, 1998, p. 58. Crítico ante la posibilidad de una subjetividad jurídica de la empresa para justificar la imposición de sanciones penales, von Freier, *Kritik der Verbandsstrafe*, pp. 65, 77 y ss. También crítico se muestra Jakobs, *FS-Lüderssen*, p. 568 y ss., pero por la ausencia en la persona jurídica de una capacidad de tomar postura ante la norma, lo cual presupondría el acoplamiento de una conciencia con la capacidad de expresión.

²⁸ Vid., Gómez-Jara Díez, «Las personas jurídicas como destinatarios de las normas penales: un diálogo con el Prof. Schönemann», en *Dogmática del Derecho penal, material y procesal y política criminal contemporáneas*, Tomo II, Lima, 2014, p. 97 y s.

²⁹ Vid., al respecto, Gómez-Jara Díez, *Tratado de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, en coautoría con Bajo Fernández/Feijoo Sánchez, Pamplona, 2012, p. 173; El Mismo, *Polít. crim.* Vol. 5, N° 10 (2010), p. 465.

³⁰ Vid., Gómez-Jara Díez, *La culpabilidad penal de la empresa*, p. 270

³¹ Así, lo exigen Gómez-Jara Díez, *La culpabilidad penal de la empresa*, p. 272 y ss.; Feijoo Sánchez, «Bases para un modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas a la española», en *La responsabilidad de las personas jurídicas, Homenaje al Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín*, Madrid, 2018, pp. 171, 175 y s. Críticamente, sin embargo, con lo que debe entenderse por cultura del cumplimiento en el ámbito de las organizaciones, Ortiz de Urbina Gimeno, «Trayectoria y cultura corporativa en la exención por cumplimiento normativo: ¿Hacia una teoría aretética de la responsabilidad penal de los entes colectivos?», en *Derecho penal y persona, Libro Homenaje al Prof. Dr. h.c. mult. Jesús María Silva Sánchez*, García Caverro/Chinguel (coord.), Lima, 2019, p. 876 y ss., en el sentido de que no es algo distinto a la implementación de los mecanismos de vigilancia y control.

personas jurídicas tampoco se les tiene que exigir la instauración de toda una cultura del cumplimiento³². Se trata de una incumbencia que se les deja en sus manos. Para el reproche de culpabilidad bastará con que, en relación con la norma concretamente cuestionada por el injusto, la persona jurídica cuente con ciertas condiciones para exigirle su cumplimiento. En una relación analógica con las personas naturales, estas condiciones son la imputabilidad, el conocimiento de la prohibición penal y la exigibilidad de otra conducta. De manera puntual en esta oportunidad me voy a ocupar de la imputabilidad.

2. *La imputabilidad de las personas jurídicas*

La culpabilidad de una persona natural requiere la llamada imputabilidad penal, esto es, la capacidad de percibir la realidad que le rodea, valorar esa realidad desde los parámetros jurídico-penales y actuar conforme a esa valoración³³. En los sistemas penales modernos esta capacidad empieza normalmente a partir de los 18 años, cuando la persona natural adquiere lo que se conoce como la capacidad de ejercicio. Se entiende que, a partir de ese momento, cuenta con la suficiente madurez intelectual para sopesar debidamente las consecuencias de la realización de un hecho contrario a las normas penalmente garantizadas. Pero no basta con que la persona natural alcance la mayoría de edad para ser penalmente imputable, sino que es necesario también que esté en uso de las facultades físicas y mentales necesarias para percibir adecuadamente la realidad, realizar juicios de valoración y actuar en consecuencia. Una persona natural es penalmente imputable únicamente bajo estas condiciones.

El criterio de la edad, como expresión de la madurez necesaria para asumir las consecuencias de las propias acciones, no parece aplicable a las personas jurídicas, pues su capacidad de ajustar la actuación colectiva a la norma no depende del paso de más o menos años desde su constitución. El desarrollo de parámetros propios de valoración de la actuación colectiva con los que ponderar sus consecuencias se consigue a partir de alcanzar cierto nivel de complejidad organizativa, lo que, si bien no se logra inmediatamente, no opera con el solo criterio cronológico del paso del tiempo. Atendiendo precisamente a la idea de la complejidad organizativa, Gómez-Jara propone distinguir

³² Similarmente, Galán Muñoz, «¿Cultura o estructura? ¿Esa es la cuestión? La difícil convivencia y coordinación de los dos sistemas de tratamiento penal de las personas jurídicas en el ordenamiento español», en *Un Derecho penal humanista, Libro Homenaje al Prof. Luis Arroyo Zapatero*, de Vicente/Gómez/Martín/de Morales/Nieto (ed.), Madrid, 2021, p. 210.

³³ Vid., con mayor detalle, García Cavero, *Derecho Penal*, Parte General, 3^a ed., 2019, p. 675.

entre personas jurídicas imputables y no imputables³⁴, destacando dentro de estas últimas, como el ejemplo más evidente de falta de organización mínima y, por lo tanto, de inimputabilidad penal, el caso de las sociedades offshore³⁵. No debería haber mayor problema para incluir también, bajo la misma lógica, el caso de las empresas individuales de responsabilidad limitada, en las que el propietario y, a la vez, gestor controla completamente el desarrollo de la actividad empresarial y somete a sus propios criterios de valoración la decisión de cometer un delito en dicha actividad³⁶. En consecuencia, no es un tiempo de existencia lo que vale analógicamente como una “mayoría de edad” de la persona jurídica; es el desarrollo de cierto grado de complejidad organizativa que le permite someter la actuación colectiva a objetivos e intereses ordenados en un programa corporativo propio³⁷.

Posiblemente lo más complicado de resolver en el planteamiento propuesto sea la cuestión operativa de cuándo la persona jurídica alcanza la complejidad organizativa que la convierte en penalmente imputable. Una alternativa podría ser hacer esta determinación en cada caso concreto sin ningún tipo de estandarización, identificando si

³⁴ Vid. Gómez-Jara Díez, *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 425 y ss. De acuerdo también, Nieto Martín, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Esquema de un modelo de responsabilidad penal», en *Cuestiones actuales de Derecho penal económico*, Serrano-Piedecabras/Demetrio Crespo (dir.), Madrid, 2008, p. 141 y s. El Tribunal Supremo Español ha sido receptivo con este planteamiento, señalando en la STS 534/2020 lo siguiente: “solo una empresa con una mínima complejidad interna adquiere una capacidad autoorganizativa y, en consecuencia, permite hacerla responsable penalmente por las consecuencias derivadas de la “culpa organizativa”, prevista por el artículo 31 bis del Código Penal”.

³⁵ Vid., Gómez-Jara Díez, *Polít. crim.* Vol. 5, N° 10 (2010), p. 470. Igualmente, Neira Pena, *La defensa penal de la persona jurídica*, Cizur Menor, 2018, p. 189. Del mismo parecer es el Tribunal Supremo Español en la STS 534/2020: “Por el contrario, las denominadas “sociedades pantalla” que no tienen otro propósito que delinquir o encubrir actividades ilegales, están al margen del sistema penal para las personas jurídicas, y, por lo tanto, no pueden gozar de los derechos y garantías que el mismo ofrece, siendo inimputables a todos los efectos penales. En estos casos el sistema de imputación vendrá dado por el mecanismo del “levantamiento del velo” dirigiendo la acción penal únicamente hacia las personas físicas que están detrás de la organización”. Anteriormente también la STS 108/2019.

³⁶ Abarcando incluso a empresas con trabajadores menores a 50, Nieto Martín, en *Cuestiones actuales de Derecho penal económico*, Serrano-Piedecabras/Demetrio Crespo (dir.), p. 141. Vid., también, Feijoo Sánchez, *LH-Maza Martín*, p. 178 y ss. En la jurisprudencia chilena destaca el caso de la empresa Asevertrans (Sentencia absolutoria dictada el día 2 de junio de 2015, causa caratulada “Consejo de Defensa del Estado con Asevertrans Limitada”, RIT N° 33- 2014, RUC N° 1100770074-3, emitida por el Tribunal De Juicio Oral en lo Penal de Arica), en donde, invocando el *ne bis in idem*, se dejó sin sanción a una persona jurídica absolutamente controlada por su titular. Crítico ante esta posibilidad por no corresponderse con la decisión del legislador español de incluir a las pequeñas empresas, Cigüela Sola, *InDret* 1.2021, p. 645.

³⁷ Con base en una doble autorreferencialidad, Teubner, «Hyperzyklus in Recht und Organisation. Zum Verhältnis von Selbstbeobachtung, Selbstkonstitution und Autopoiese», en *Sinn, Kommunikation und soziale Differenzierung. Beiträge zu Luhmanns Theorie sozialer Systeme*, Haferkamp/Schmid (Hrsg.), Frankfurt a.M., 1987, p. 117.

la específica persona jurídica ha logrado, en efecto, desarrollar internamente parámetros de valoración propios de su actuación. Pero si lo que se pretende es establecer conceptos análogos a los que se utilizan para determinar la responsabilidad penal de las personas naturales, entonces tendría que fijarse legislativamente también aquí un estándar común para la imputabilidad, como sucede con los 18 años de las personas naturales³⁸. Como criterios estandarizados de la complejidad organizativa podrían considerarse, por ejemplo, la existencia de una estructura societaria compleja con órganos de decisión y control diferenciados, un número relevante de trabajadores o miembros individuales, niveles importantes de ventas u operaciones mensuales o anuales, la presencia de filiales o subsidiarias, entre otros más. No se trata obviamente de un dato ontológico que el legislador simplemente debe reconocer, sino de un límite normativo que debe establecer, recogiendo sin duda los conocimientos aportados por la teoría de las organizaciones³⁹. No obstante, mientras esta determinación legislativa no se haga, la imputabilidad de la persona jurídica la tendrá que decidir el juez en cada caso concreto⁴⁰.

La distinción entre personas jurídicas imputables y personas jurídicas inimputables en atención al grado de complejidad organizativa ha sido cuestionada por asumir una lógica binaria en lugar de un sistema gradual mucho más razonable⁴¹. En efecto, se dice que las exigencias de cumplimiento y las sanciones por su inobservancia deberían variar en función del tamaño y la complejidad de la persona jurídica: a mayor complejidad, mayores exigencias y mayores cuotas de responsabilidad, y viceversa. Lo cierto, sin embargo, es que la propuesta analógica de una imputabilidad penal de la persona jurídica a partir de un nivel de complejidad organizativa no se opone, en lo absoluto, a un sistema gradual. De hecho, en muchas legislaciones penales una responsabilidad gradual está prevista también para la imputabilidad de las personas naturales, como sucede, por ejemplo, con el artículo 22 del Código Penal Peruano, en donde se prevé una reducción de la sanción penal para los llamados imputables restringidos que son aquellos que tienen entre 18 y 21 años. Por lo tanto, resulta plenamente admisible

³⁸ En contra, sin embargo, Cigüela Sola, *InDret* 1.2021, p. 647, destacando además que la complejidad de una persona jurídica podría sufrir reversiones o modificaciones a lo largo del tiempo. Tal crítica vuelve a una estandarización con un criterio cronológico, lo que, como ya se vio, no es el relevante para las personas jurídicas.

³⁹ Destaca Gómez-Jara Díez, *Polít. crim.* Vol. 5, N^o 10 (2010), p. 472, que no se trata de un límite ontológico, sino normativo.

⁴⁰ Como ha decidido hacerlo el Tribunal Supremo Español en la STS 534/2020. Críticamente, Cigüela Sola, *InDret* 1.2021, p. 638 y ss.

⁴¹ Así, Cigüela Sola, *InDret* 1.2021, p. 648.

la posibilidad de modular la responsabilidad penal de las personas jurídicas analógicamente en función de la mayor o menor complejidad organizativa una vez superado el umbral de la imputabilidad penal.

Cumplido el estándar básico de la “mayoría de edad” de las personas jurídicas con base en un grado de complejidad organizativa, su imputabilidad penal requerirá aún de otro componente: la salud física y mental. La pregunta que habrá que formularse aquí es si resulta posible sostener el padecimiento de ciertas patologías por parte de determinadas personas jurídicas que les impidan ponderar adecuadamente sus actuaciones. En la doctrina norteamericana se han esbozado interesantes planteamientos proclives a reconocer situaciones de insania mental en personas jurídicas. Obviamente no en los mismos términos de la que pueda aquejar a una persona natural, pero sí de una forma analógica. En ese sentido, el Prof. Mihailis Diamantis de la Universidad de Iowa sostiene que en la psicología organizacional se pueden diagnosticar organizaciones disfuncionales, en las que existe un desorden organizacional que les impide ajustar su actuación a las normas penales y las lleva, más bien, por un camino autodestructivo. En tales casos, debería ser posible alegar una defensa de insania para conseguir un tratamiento que responda mejor al problema desde la perspectiva de las víctimas y de los terceros inocentes vinculados con la corporación. De acuerdo con esto, cabría entonces encontrar en las corporaciones la existencia de defectos que inhibirían la volición o afectarían la cognición respecto de la conducta delictiva de acuerdo con los parámetros aceptados para alegar una defensa por “locura”.

Sobre la base de la idea inicialmente aceptada en este trabajo de encontrar criterios analógicos a los que se usan en la determinación de la responsabilidad penal de las personas naturales, considero completamente viable entender que el referente analógico a la salud física y mental de las personas naturales, como condición de su imputabilidad penal, sería, en el caso de las personas jurídicas, contar con una estructura organizativa capaz de reconocer como tales las actuaciones penalmente relevantes. Esta imputabilidad penal no requiere que la persona jurídica haya desarrollado una extendida cultura corporativa de cumplimiento de la legalidad, sino que basta con que haya tenido a su disposición instrumentos organizativos para comprender a través de sus órganos el sentido delictivo de su actuación. Por el contrario, si existe en la persona jurídica un desorden organizacional de un nivel tal que es incapaz de reconocer la realización de una conducta penalmente relevante y, en ese contexto, no puede evitar su realización, debería entonces poder alegar válidamente que padecía una patología organizacional que la hace penalmente inimputable. De esta manera,

se consolidaría también para las personas jurídicas la idea de que no se les puede reprochar una falta de fidelidad al Derecho, si organizacionalmente estaban en incapacidad de disponer una actuación conforme a la norma penal.

Al planteamiento propuesto podría inmediatamente oponérsele el cuestionamiento de que admitir tal inimputabilidad de las personas jurídicas traería consigo la inaceptable posibilidad de sustraerlas fraudulentamente de su responsabilidad penal, pues sus órganos directivos podrían provocar exprofesamente el caos organizativo para preservarse, de esta manera, de la imposición de sanciones penales con el argumento de su inimputabilidad penal. Semejante objeción no tiene, sin embargo, un asidero consistente, pues, así como en el ámbito de las personas naturales la figura de la *actio libera in causa* impide el uso fraudulento de la inimputabilidad para evadir la responsabilidad penal, lo mismo cabría concluir para las personas jurídicas cuando éstas, para preservarse de las sanciones penales correspondientes, generan deliberadamente una patología organizacional que les impide reconocer el carácter delictivo de su actuación⁴². De acreditarse que la persona jurídica creó premeditadamente su incapacidad organizacional con ese fin, entonces no tendría que haber ningún impedimento para responsabilizarla penalmente por los delitos cometidos posteriormente en el desarrollo de sus actividades.

II. LA NECESIDAD DE MITIGAR LA PELIGROSIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS INIMPUTABLES

El reconocimiento dogmático de la posibilidad de que el delito realizado en la actividad de una persona jurídica no se le atribuya a ésta por carecer de imputabilidad, suscita la cuestión de si, en tal caso, podría presentarse una situación de peligrosidad criminal en su organización que debiese ser mitigada por el sistema penal. No parece controvertible que un ente colectivo sin complejidad organizativa o con una patología organizacional pueda contar con una organización peligrosa en el sentido de una prognosis de comisión futura de delitos. Esa peligrosidad no es obviamente la propia de las personas naturales que actúan en el marco de la actividad corporativa, sino la que se desprende de la organización misma. Así, por ejemplo, podrían mencionarse situaciones organizacionales como la existencia de procedimientos industriales contaminantes, el funcionamiento de un sistema

⁴² En el mismo sentido, con base en los criterios jurídicos desarrollados al respecto en el derecho estadounidense, Diamantis, *The Journal of Criminal Law & Criminology* Vol. 111, No. 1 (2021), p. 42.

de facturación paralela, prácticas instauradas de procesamiento de operaciones que ocultan el origen de los fondos, etc. Si las personas naturales que cometieron un delito son retiradas de la organización al momento de sancionarlas penalmente, las que entrarían posteriormente en su reemplazo tendrán que actuar en un contexto favorable a la realización de actividades con incidencia delictiva, lo que debería ser razonablemente eliminado.

Podría sostenerse que, al final, la peligrosidad es un concepto cognitivo que sólo puede predicarse de personas naturales, por lo que, en realidad, la organización de la persona jurídica no sería la peligrosa, sino las personas naturales que podrían utilizarla para cometer delitos. En ese sentido, si la persona jurídica no es normativamente competente por los hechos fácticamente ejecutados por las personas naturales, la existencia de una situación de peligrosidad solamente se podrá afirmar respecto de estas últimas. Lo cierto, sin embargo, es que la peligrosidad no se circunscribe a las personas naturales actuantes, pues existen también situaciones que, al ofrecerles a éstas una oportunidad para delinquir, se les considera también como peligrosas desde una perspectiva jurídico-penal. No otro es el fundamento, por ejemplo, del decomiso de los instrumentos del delito que se contempla desde hace mucho en las legislaciones penales⁴³. En todo caso, lo que cabría preguntar es si la peligrosidad de la organización de una persona jurídica es igual a la peligrosidad que caracteriza a los instrumentos del delito para justificar la adopción de la medida del decomiso.

Al respecto considero necesario señalar, como punto de partida, que la peligrosidad de la organización de una persona jurídica sin complejidad organizativa no es la misma que la peligrosidad de una persona natural inimputable, así como tampoco que la peligrosidad de los instrumentos utilizados en la comisión de un delito. En cuanto a lo primero, parece obvio que no se trata de una peligrosidad de base psico-física como la que se presenta en los seres humanos que padecen de alguna anomalía psíquica o enfermedad mental, por lo que sería absolutamente inapropiado pretender atajarla con las clásicas medidas de seguridad. En cuanto a lo segundo, tampoco cabe entenderla de la misma forma que la peligrosidad de los objetos, pues su carácter no es estático, sino dinámico conforme al desarrollo que va produciéndose en la organización. Por ello, no corresponde decomisar una determinada parte física de la persona jurídica, pues el peligro no está referido al uso específico de esa parte física, sino a su interrelación con otras partes por medio de la organización.

⁴³ Vid., García Cavero, «El decomiso de bienes relacionados con el delito en la legislación penal peruana», *Derecho PUCP* 81 (2018), p. 116 y s.

Así las cosas, salta a la vista la necesidad político-criminal de contar con un sistema de doble vía para las personas jurídicas que no sólo prevea la imposición de penas para las imputables, sino también de medidas preventivas para las inimputables con una organización peligrosa⁴⁴. Estas consecuencias jurídicas no pueden ser ni las clásicas medidas de seguridad de las personas naturales, ni el decomiso de los bienes peligrosos relacionados con el delito. ¿Es necesario que el legislador penal proceda entonces a idear unas nuevas consecuencias jurídicas adecuadas a este fin y a regularlas en el derecho positivo, o puede ser que esta necesidad política-criminal sea cubierta satisfactoriamente por las llamadas consecuencias accesorias? Como se advirtió al inicio de esta contribución, considero que efectivamente esa es la función que, en el nuevo contexto dogmático de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, cabe asignar ahora a las consecuencias accesorias. Por consiguiente, éstas deben ser calificadas como medidas de seguridad de nuevo cuño que se aplican a personas jurídicas inimputables, en la medida que cuenten con una organización peligrosa.

III. CONSIDERACIONES DE LEGE LATA

Si, de acuerdo con la propuesta aquí formulada, las consecuencias accesorias deben encontrar su nuevo espacio dogmático en la mitigación de la peligrosidad de la organización de las personas jurídicas inimputables, lo que habría que preguntarse seguidamente es si la actual regulación positiva resulta compatible con esta propuesta o si se requiere realizar algunos ajustes regulativos. Si bien lo ideal sería contar con una regulación explícita que tenga los presupuestos claramente definidos, eso no es óbice para que, con el tenor legal actual, se pueda sostener igualmente la interpretación que dogmáticamente se considera más adecuada. Con dicho fin, procederé seguidamente a proponer, desde el enfoque dogmático expuesto, una lectura de la regulación positiva de las consecuencias accesorias en la legislación penal peruana y española en ese sentido.

En la legislación penal peruana, la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas para determinados delitos por medio de la Ley N° 30424 no ha supuesto, por lo menos hasta ahora, una derogación del artículo 105 y 105 A del CP que regulan las consecuencias accesorias aplicables a personas jurídicas. Sin embargo, dado

⁴⁴ Vid., Gómez-Jara Díez, *Polít. crim.* Vol. 5, N° 10 (2010), p. 475. En el sistema jurídico estadounidense destaca también la necesidad de adoptar medidas frente a personas jurídicas insanas Diamantis, *The Journal of Criminal Law & Criminology* Vol. 111, No. 1 (2021), p. 65 y ss.

que tanto las sanciones de la Ley N° 30424, como las consecuencias accesorias están expresamente referidas a las personas jurídicas, se suscita la cuestión de cómo debería presentarse la relación entre ambas consecuencias jurídicas.

Una alternativa sería restringir la respuesta punitiva a los delitos por los que se admite la responsabilidad de la persona jurídica y dejar la aplicación de las consecuencias accesorias para los otros delitos. En refuerzo de esta propuesta interpretativa se podría decir que la reforma a la Ley N° 30424 que procedió a incluir al delito de lavado de activos como uno de los delitos por los que la persona jurídica podía ser hecha responsable, derogó, a su vez, el artículo 8 de la Ley contra el Lavado de Activos que preveía la imposición de consecuencias accesorias a la persona jurídica, lo que cerraría, por tanto, esta posibilidad expresamente contemplada en la legislación anterior. La última reforma aprobada por el Congreso de la República seguiría también esa misma lógica, en la medida que hace lo mismo con la regulación especial de las consecuencias accesorias en los delitos tributarios y aduaneros por los que ahora cabría la responsabilidad de la persona jurídica. Es más, indica ahora que las consecuencias accesorias se aplicarán a las personas jurídicas involucradas en delitos no comprendidos por la referida ley. En ese orden de ideas, en la medida que se vaya ampliando la base de delitos por los que podría responder penalmente una persona jurídica, las consecuencias accesorias deberían ir correspondientemente desapareciendo.

A mi entender, la propuesta de una progresiva supresión de las consecuencias accesorias sólo podría ser dogmáticamente aceptable si a cualquier persona jurídica se le pudiese hacer penalmente responsable; no, por el contrario, si existen personas jurídicas penalmente inimputables. En este último escenario, las consecuencias accesorias deberían ocuparse de la eventual peligrosidad de la organización de las personas jurídicas inimputables. De acuerdo con lo anterior, la imposición de las sanciones previstas en la Ley N° 30424 se debería limitar a aquellas personas jurídicas penalmente imputables⁴⁵, dejando la aplicación de las consecuencias accesorias a las personas jurídicas inimputables, cuya estructura organizativa pudiese ser nuevamente utilizada para cometer un delito. En ese orden de ideas, las consecuencias accesorias se aplicarán, por un lado, a las personas jurídicas defectuosamente organizadas en cuya actividad se hubiese cometido un delito no recogido en la Ley N° 30424, así como, por otro lado, en los delitos previstos en la Ley N° 30424, pero respecto de los cuales la

⁴⁵ Vid., García Cavero, «Consecuencias accesorias y sanciones aplicables a las personas jurídicas», *Actualidad Penal* 79 (2021), p. 161.

persona jurídica no puede ser hecha penalmente responsable por su falta de imputabilidad. De ser así, y bajo condición de que la persona jurídica esté organizada de una manera tal que exista el peligro de que se use su organización para volver a cometer un delito, lo que corresponde es la aplicación proporcional de una consecuencia accesoria⁴⁶. Su función, por lo tanto, no es sancionar penalmente a la persona jurídica⁴⁷, sino mitigar el peligro de que la organización de la persona jurídica inimputable pueda ser nuevamente utilizada para la comisión de futuros delitos⁴⁸.

Podría pensarse que la solución propuesta en relación con la regulación penal peruana no podría sostenerse de la misma manera para el caso de la regulación penal española. Posiblemente previendo el legislador penal español la superposición de funciones que iba a presentar la regulación conjunta de penas y consecuencias accesorias para las personas jurídicas, tomó la decisión explícita de mantener el reconocimiento legal de las consecuencias accesorias, pero asignándoles una nueva función. En efecto, el legislador penal español resolvió que las consecuencias accesorias debían continuar en la legislación penal, aunque trasladando su ámbito de aplicación de las personas jurídicas a los entes que carecen de personalidad jurídica como sería el caso de las organizaciones criminales. En ese sentido, las penas del artículo 31 bis del CP se aplicarán a las personas jurídicas, mientras que las consecuencias accesorias del artículo 129 del CP harán lo propio con las organizaciones sin personalidad jurídica. ¿Habrá entonces un espacio dogmático para aplicar consecuencias accesorias a las personas jurídicas inimputables peligrosas?

La respuesta a la pregunta planteada es, a mi modo de ver, afirmativa. Podría objetarse inmediatamente que la voluntad del legislador penal español es unívoca: las consecuencias accesorias se aplican a entidades o agrupaciones de personas que carecen de personalidad jurídica, por lo que su alcance se debe restringir a aquellos fenómenos asociativos a los que el derecho no les asigna personalidad jurídica. En ese sentido, las personas jurídicas inimputables no podrían estar dentro

⁴⁶ En este sentido, García Caverro, *Derecho penal económico*, Parte General, 4^a ed., Lima, 2022, p. 801 y s.

⁴⁷ Vid., igualmente, Alpaca Pérez, «Reflexiones en torno al estado actual de la “responsabilidad penal” de las personas jurídicas a partir del Acuerdo Plenario N° 7-2009/CJ-116», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 40 (2012), p. 75. En la jurisprudencia nacional cabe destacar, en ese mismo sentido, la Resolución N° 11 del 13 de marzo de 2019 emitida por la Sala de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia Especializada en Delitos de Crimen Organizado y Corrupción de Funcionarios en el Exp. N° 00249-2015-39 (Caso del Partido Nacionalista).

⁴⁸ Igualmente, Meini Méndez, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, PUCP, Lima, 1999, p. 19; Pinedo Hidalgo, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 27 (2011), p. 99 y s.

de su ámbito de aplicación, ya que se trata de entidades que, por el contrario, sí contarían con personalidad jurídica. La cuestión, sin embargo, es si la falta de personalidad jurídica a la que se hace referencia en la regulación de las consecuencias accesorias se debe determinar con base en parámetros procedentes del derecho civil o comercial, o si se trata, por el contrario, de un concepto de carácter penal⁴⁹. Si la personalidad de la que carecen las entidades u organizaciones a las que se les puede aplicar consecuencias accesorias es aquella que las reconoce como sujeto de imputación penal (personalidad jurídica activa)⁵⁰, entonces no debería haber ningún problema para incluir dentro de su círculo de destinatarios a las personas jurídicas penalmente inimputables⁵¹. Bajo este esquema interpretativo la posibilidad de imponer consecuencias accesorias no se circunscribiría a las organizaciones ilegales o sociedades de hecho, sino que alcanzaría también a las personas jurídicas que carecen de imputabilidad penal, siempre que su organización evidencie una peligrosidad de futura comisión de delitos.

El tenor del artículo 129.2 del CPE parece reforzar la propuesta interpretativa aquí esbozada. En efecto, ahí se indica que: “*Las consecuencias accesorias a las que se refiere en el apartado anterior sólo podrán aplicarse a las empresas, organizaciones, grupos o entidades o agrupaciones en él mencionados cuando este Código lo prevea expresamente, o cuando se trate de alguno de los delitos por los que el mismo permite exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas*”. De acuerdo con este tenor regulativo se podrían distinguir dos supuestos de aplicación de consecuencias accesorias según el tipo de organización: por un lado, la regulación directa de los casos en los que una organización sin personalidad jurídica extrapenal interviene en la realización de un delito y, por el otro, la regulación de los casos de remisión subsidiaria, cuando se prevé una responsabilidad penal de la persona jurídica que no puede aplicarse⁵². Este segundo supuesto abriría la puerta de las consecuencias accesorias a

⁴⁹ Destaca, así, Martínez-Buján Pérez, *Derecho penal económico*, PG, p. 565 que el artículo 129 no ofrece precisión alguna acerca de lo que deba entenderse por ente sin personalidad jurídica.

⁵⁰ Defiende cierta autonomía del Derecho penal para definir lo que debe entenderse por persona jurídica, Gómez-Jara Díez, en *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*, Banacloche/Zarzalejos/Gómez-Jara, Madrid, 2011p. 54 y s.

⁵¹ Si bien Gómez-Jara Díez, en *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Banacloche/Zarzalejos/Gómez-Jara, p. 58 califica a las consecuencias accesorias como el régimen de entidades inimputables, no termina de redondear la idea, estableciendo su procedencia para personas jurídicas que, pese a contar con personalidad jurídico-civil o comercial, son penalmente inimputables.

⁵² Vid., Goena Vives, en *Lecciones de Derecho penal económico y de la empresa*, Silva Sánchez (dir.), p. 219.

las personas jurídicas penalmente inimputables. En ambos casos, es necesaria obviamente la existencia de una peligrosidad organizativa que sustente la adopción de las medidas preventivas reguladas como consecuencias accesorias.

El esfuerzo por tratar de adaptar la regulación actual de las consecuencias accesorias a su carácter de medidas de seguridad de personas jurídicas inimputables, no puede llevar, sin embargo, a cerrar los ojos frente a la existencia de ciertos desajustes normativos. En la regulación penal peruana existe un desajuste de exceso, al contemplar como consecuencia accesoria la multa. Si bien podría sostenerse plausiblemente que esta consecuencia accesoria estaría configurada como una medida de control externo que intentan orientar desde fuera la actividad de la persona jurídica, no puede negarse que arrastra una carga sancionatoria que difícilmente se puede neutralizar. Lo deseable para la claridad conceptual sería eliminar la multa de la lista de las consecuencias accesorias. En la regulación penal española se produce, por su parte, un desajuste de defecto, en la medida que no se contempla como consecuencia accesoria la disolución. Si bien podría decirse que el mismo efecto de la disolución se conseguiría con la prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad lícita o ilícita⁵³, la deseable claridad de los textos legales abonaría en favor de una regulación expresa de la disolución. Por ello, lo mejor sería incluirla mediante una reforma legislativa dentro del catálogo de las consecuencias accesorias y, con ello, dejar claro que las consecuencias accesorias pueden alcanzar a personas jurídicas con personalidad jurídica extrapenal, pero penalmente inimputables.

⁵³ Así, Corcoy Bidasolo, «Consecuencias jurídicas. Consecuencias accesorias», en *Manual de Derecho penal económico y de la empresa*, Parte General y Especial, Corcoy/Gómez (dir.), Valencia, 2016, p. 185.